

## SERVICIOS PÚBLICOS *VERSUS* SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL TRAS EL TRATADO DE AMSTERDAM.



TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO

### I. INTRODUCCIÓN



L artículo 90.2 del Tratado de la Comunidad Europea ha ido experimentando, en su interpretación, una profunda evolución desde sus comienzos. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas hizo, en numerosas sentencias de los primeros años noventa, una lectura del mismo totalmente diferente de la que en 1974 había efectuado en la sentencia *Sacchi*. Las sentencias *Corbeau* y *Almelo* parecieron dejar las espadas en alto en cuanto al destino final de los servicios públicos, bastante maltrechos en la doctrina inmediatamente anterior del Tribunal de Justicia.

En la actualidad el Tratado de Amsterdam ha introducido de forma algo inopinada un nuevo artículo 7.D (16 de la versión refundida) que parece exigir

## ■ SERVICIOS PÚBLICOS «VERSUS» SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO...

alguna reflexión del intérprete. De eso se trata en las líneas que siguen, empezando por recordar el sentido de la ruptura producida en la interpretación jurisprudencial tradicional por las sentencias de los primeros noventa (II) para examinar a continuación la genealogía del nuevo artículo 7.D (III), así como la jurisprudencia más reciente del Tribunal de justicia sobre el 90.2 (IV), para concluir con unas reflexiones finales sobre las perspectivas que se abren al respecto (V).

## II. LA RUPTURA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL TRADICIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 90.2 EN LOS PRIMEROS NOVENTA

Es sabido que la primera interpretación del artículo 90.2 del Tratado de la Comunidad Europea consistía en dar por supuesto que la concesión de derechos especiales o exclusivos era perfectamente compatible con los Tratados.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas en la sentencia *Sacchi* de 30 de abril de 1974 vino a consolidar esta interpretación al dar por bueno el derecho exclusivo de la televisión pública en Italia. Las restricciones que en la citada sentencia se indicaban, en orden a que el monopolio de la televisión en ningún caso podía justificar el uso abusivo de la misma, singularmente en materias de publicidad, ponía de relieve que, para el Tribunal, el monopolio en sí mismo no era incompatible con el Tratado como expresamente decía la sentencia.

La situación va a sufrir una completa transformación después de toda una serie de sentencias que, aplicando al ámbito de los servicios públicos la doctrina contenida en la sentencia *Continental Can*<sup>1</sup>, llevará a la conclusión de que la concesión de derechos especiales o exclusivos coloca a los servicios públicos en unas condiciones tales de ventaja en el mercado que no sólo han de prohibirse prácticas abusivas por parte de los servicios públicos, sino que ha de cuestionarse la conformidad con el Tratado de la propia concesión de derechos especiales o exclusivos<sup>2</sup>.

La idea que subyace es que la no aplicación de las reglas del Tratado, en cuanto pueda resultar afectada la misión que haya sido confiada a las empresas

---

<sup>1</sup> Sentencia *Continental Can* de 21 de febrero de 1973

<sup>2</sup> Entre otras pueden verse las sentencias de 19 de marzo de 1991 (*República Francesa contra Comisión* en el asunto 202/88); 23 de abril de 1991 (*Klaus Höfner contra Macrotron GmbH* asunto C-41/90); 18 de junio de 1991 (*ERT contra DEP* asunto C-260/89); 10 de diciembre de 1991 (*Merci convenzionale Porto di Genova contra Gabrielli* asunto C-179/90); 25 de julio de 1991 (*Comisión contra Países Bajos* asunto C-353/89); de 25 julio de 1991 (*Gouda contra Commissariaat voor de Media* asunto C-288/89); 13 de diciembre de 1991 (*Regie des Telegraphes et des Telephones contra GB-Inno* asunto C-18/88), y 17 de noviembre de 1992 (*Reino de España contra la Comisión* asuntos C-271/90, C-281/90 y C-289/90).

gestoras de servicios de interés económico general, no es tanto una regla especial para las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, como una norma excepcional de aplicación restrictiva.

Como ha dicho alguna doctrina tras las referidas sentencias, existe una presunción de culpabilidad para los servicios públicos con respecto al Tratado, una presunción de que todo servicio público por el hecho de serlo y desarrollar una actividad en exclusiva es en principio contrario al Tratado<sup>3</sup>. La consecuencia de dicha presunción de culpabilidad no es otra sino la de invertir la carga de la prueba de la oportunidad, conveniencia y necesidad del reconocimiento de derechos especiales o exclusivos por los Estados.

Por otra parte la Comisión, al amparo del artículo 90.3 del Tratado se erigía en la instancia ante la que los Estados debían de justificar su razones en favor del establecimiento de los servicios públicos. Tal idea –la de justificarse los Estados ante la Comisión– no resultó muy congruente con el principio de subsidiariedad reconocido posteriormente en el Tratado de Maastricht.

Además, se daba la circunstancia de que el artículo 90.2 se interpretaba de forma subsidiaria, o dependiente respecto de los artículos 56, 59 y 66 del Tratado; lo que conducía a aplicar la doctrina de las «exigencias imperativas» (orden público, seguridad y salud) como las únicas razones que podrían explicar la restricción a la libre prestación de servicios en el ámbito de la Comunidad. Con ello quedaba difuminada o excluida la razón de ser esencial de los servicios públicos –lo que constituía la razón última de su esencia–: la defensa de los principios de igualdad y solidaridad, que se traducen, en definitiva, en cohesión social y territorial. Ciertamente el orden público, la salud y la seguridad de la doctrina de las exigencias imperativas del Tribunal de Luxemburgo, no son las motivaciones que mejor daban cuenta de por qué los Estados habían sentido la necesidad, desde el fin del pasado siglo y especialmente desde principios del actual, de establecer servicios públicos. Su razón de ser tenía que ver con la existencia de actividades de prestación que, siendo necesarias para la Comunidad, se consideraban esenciales para la cohesión social y territorial y respecto de las cuales la iniciativa privada o se mostraba incapaz de ofrecerlas o lo hacía en condiciones de monopolio u oligopolio por tratarse en la mayor parte de los casos de monopolios naturales.

La doctrina del Tribunal de justicia de los primeros años noventa venía a poner en cuestión la licitud, desde el punto de vista de los Tratados, de la existencia de muchos de los servicios públicos existentes en los distintos países de la

---

<sup>3</sup> Sobre la presunción y las posiciones sobre ella puede verse mi libro *Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y Constitución Económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 56 *Cuadernos y Debate*, especialmente pp. 92 y ss. y 115 y ss.

## ■ SERVICIOS PÚBLICOS «VERSUS» SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO...

Comunidad. Con ello parecería que muchos servicios públicos no podrían superar el escrutinio de su conformidad con el Tratado en la forma que había sido establecida en dicha jurisprudencia. Jurisprudencia que no había hecho otra cosa sino ratificar la visión excesivamente literalista establecida por la Comisión en algunas de las Directivas de liberalización de distintos servicios, y muy singularmente en la Directiva 90/388/CEE de 28 de junio de 1990, en cuyos considerandos se desgrana una interpretación juricista y reductora del artículo 90 del Tratado, subordinándolo a los artículos 56, 59 y 66 del Tratado CEE.

El futuro y la justificación comunitaria de los servicios públicos quedaban en entredicho. Las sentencias *Corbeau* y *Almelo* supusieron una inflexión que, sin ser definitiva, implicaba, cuando menos, una distinta sensibilidad en la forma de aproximarse al problema de los servicios públicos. Esas sentencias han tenido continuidad en las que últimamente ha dictado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en cuestiones relacionadas con la electricidad, el transporte aéreo o el correo; cuestiones relativas a los servicios de interés general que parecen también haber sido elevadas de rango con su inclusión en el Tratado de Amsterdam.

### III. EL NUEVO ARTÍCULO 7.D DEL TRATADO DE AMSTERDAM

Cuando las cosas parecían estar entregadas a una cierta indefinición en la interpretación de los textos comunitarios, repentinamente aparece un nuevo artículo en el Tratado CE, añadido en virtud del Tratado de Amsterdam.

La aparición de dicho artículo puede suscitar una cierta sorpresa, tanto por su aparición misma, como por la determinación de su alcance. En efecto, en dicho artículo se dice que

«la Comunidad y los Estados miembros [...] velarán porque dichos servicios –los de interés económico general– actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido».

La previsión resulta, tal vez, algo desconcertante; especialmente si no se paran mientes en que el núcleo que dota de sentido al artículo aparece en una oración subordinada:

«a la vista del lugar que *los servicios de interés económico general* ocupan *entre los valores comunes de la Unión*, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial».

Así pues, esa oración subordinada nos pone sobre la pista de que se está haciendo, nada menos, una declaración programática sobre «los valores comunes de la Unión» que también tienen que ver con la «cohesión social y territorial». Tales afirmaciones parecen corresponder a lo que podría llamarse la parte dogmática del Tratado que ha reservado a un artículo independiente una previsión específica sobre los servicios de interés económico general.

Esa conexión con valores, y esa autonomía de que se dota al nuevo artículo 7.D, llevan de inmediato a rechazar una primera tendencia a considerar que estamos ante un artículo de puro adorno o de pura concesión verbal a los países que, en momentos difíciles, han continuado sosteniendo su filosofía de los servicios públicos y entre ellos, notoriamente, Francia. No puede tratarse de un brindis al sol, de una pura logomaquia o juego de palabras. La Comunidad no introduce gratuitamente textos en los Tratados fundacionales dada la dinámica que dicha introducción puede tener; y mucho menos lo hace cuando las prescripciones que en ellos se contienen se conectan inmediatamente con los más nobles valores de la Unión.

El análisis de los precedentes que conducen al nuevo artículo 7.D resulta algo complejo por cuanto su filiación carece de todo registro oficial. Pero la lectura detallada de los distintos documentos preparatorios de la conferencia intergubernamental y las propuestas formuladas para la reforma del Tratado de Maastricht nos permiten detectar las huellas de su genealogía y confirmar el análisis que acaba de adelantarse.

En efecto, el primer documento que puede tomarse en consideración a estos efectos lo constituyen las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Cannes los días 26 y 27 de junio de 1995. En tal Consejo de los jefes Estado o de Gobierno, según puede leerse en su letra A número 1.10, se dijo que

«El Consejo Europeo reitera su deseo de que la introducción de una mayor competencia en numerosos sectores, con vistas a culminar la realización del mercado interior, sea compatible con las misiones de interés económico general que se imponen en Europa, y que se refieren, en particular, a la ordenación equilibrada del territorio, la igualdad de trato entre los ciudadanos, incluida la igualdad de derechos y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la calidad y la permanencia del servicio prestado al consumidor y la defensa de intereses estratégicos a largo plazo».

Esa declaración sobre el deseo explícito de compatibilizar la competencia con servicios de interés económico general y con las misiones propias de estos —claramente más amplias que las circunscritas a la salud, seguridad y orden público— iban a ser complementadas por las resoluciones del Parlamento Europeo de

## ■ SERVICIOS PÚBLICOS «VERSUS» SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO...

17 de mayo de 1995 y por su dictamen de 13 marzo 1996. En la resolución de 17 de mayo y bajo el número 10.xi) expresamente se dice:

*«El lugar del servicio público en el marco de las acciones de la Unión Europea debería quedar afirmado mediante introducción de nuevos artículos que definieran la noción y el ámbito de aplicación del “servicio universal”, garantizando a cada ciudadano el derecho a un acceso igual a los servicios de interés general, así como mediante disposiciones *ad hoc* que tengan en cuenta la especificidad de las empresas de servicio público».*

Por su parte, el dictamen de 13 de marzo 1996 contiene previsiones de trascendencia, tanto en lo que se refiere al desarrollo de la dimensión social y la política de empleo, como en su número 11.1 en el que se contienen propuestas de importancia en relación con los servicios públicos o de interés económico general y así puede leerse:

### «11. Obligaciones de los servicios públicos:

La Unión Europea como promotora del interés general.

11.1. La acción de la Comunidad *no se orienta únicamente hacia el establecimiento de un régimen de competencia en el mercado único, sino que también está al servicio del interés general*, por lo que comporta misiones destinadas a reforzar la cohesión económica y social y proteger a los consumidores y usuarios.

11.2. Sería preciso modificar el artículo B del Tratado UE, así como el apartado 3 del artículo 90 y el artículo 100 A del Tratado CEE mencionando en ellos los servicios de interés general.

11.3. En el Tratado *deben consignarse los principios fundamentales del servicio público*, a saber, la accesibilidad, la universalidad, la igualdad, la continuidad, la calidad, la transparencia y la participación, en el marco del mercado único y con respeto al principio de subsidiariedad.»

No puede ser más explícito el dictamen del Parlamento Europeo sobre la compatibilidad del mercado con los servicios públicos, que parecen identificarse, sin problemas, con el concepto de servicios de interés general y cuyos principios identificadores coinciden con los tradicionales de la doctrina del servicio público.

Finalmente no puede dejar de mencionarse, por su importancia, el informe del grupo de reflexión (Messina 2 de junio 1995-Bruselas 5 diciembre de 1995). En efecto, en dicho informe y bajo el número I se contiene una primera afirmación:

«La Unión no es ni quiere ser un superEstado. Pero *es mucho más que un mercado*. Es un proyecto cívico original que se basa en una *comunidad de valores*. Deberíamos reforzar estos valores, que todo los candidatos a la adhesión desean también compartir».

A la hora de señalar cuáles son esos valores el grupo de reflexión va a señalar algunos, así como el grado de consenso de los miembros del grupo de reflexión al respecto. Pues bien, en esa primera referencia a cuáles son los valores europeos a fomentar y reconocer, puede leerse:

«Además algunos recomendamos que la conferencia examine la mejor manera de reconocer en el Tratado la *importancia del acceso a los servicios públicos de interés general*.

Creemos que Europa comparte también unos valores sociales sobre los que hemos cimentado nuestra convivencia de paz y progreso. Muchos de nosotros creemos necesario que el protocolo social pase a formar parte del derecho común de la Unión».

Ninguna duda puede haber acerca del plano axiológico en el que el grupo de reflexión sitúa la cuestión. En línea con ello, en la segunda parte del informe y bajo el número I.10 se llega a decir que

«Como antes veíamos, el principal desafío con que la Unión se encuentra, en su plano interno, es la *reconciliación con sus ciudadanos*. Por lo tanto, la próxima reforma debe tener como tarea prioritaria la de reforzar la legitimidad de la Unión ante la opinión pública».

En ese mismo sentido, en el número II de la segunda parte y bajo el número 30, se recuerda que existen unos valores europeos comunes que la Unión debería proteger y fomentar:

«Estos valores constituyen la base de nuestras democracias y de nuestra seguridad y también se hallan presentes en el sentimiento de pertenencia de los ciudadanos».

Pues bien, tras ese exordio y bajo la letra A («Fomento de los valores europeos») se contiene un número 44 en el que textualmente se dice:

«La mayoría del Grupo está a favor de que durante la conferencia intergubernamental se *estudie la consolidación del concepto de servicios públicos de interés general* como principio que *complementa los criterios de mercado* [...] Algunos miembros opinan que en el Tratado deberían figurar más

## ■ SERVICIOS PÚBLICOS «VERSUS» SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO...

disposiciones, y con mayor alcance, sobre la función de los servicios públicos y los servicios de interés general, a fin de garantizar que la competencia no influya en la accesibilidad, la calidad y el carácter general de los servicios que se suministran al ciudadano. Otros creen que el mejor modo de defender el interés general es mantener las disposiciones existente de Tratado, ya que, a su juicio, aseguran el adecuado equilibrio entre la política de competencia y las necesidades de los servicios públicos de interés general.»

Como puede apreciarse es la mayoría del grupo de reflexión la que está a favor de consolidar el concepto de servicios públicos de interés general; a partir de ahí, algunos opinan que el Tratado debería contener más previsiones al respecto y otros que las existentes ya son suficientes. Pero incluso estos últimos distinguen, al hablar de «equilibrio», entre la política de competencia y las necesidades de los servicios públicos de interés general.

Los textos que acaban de transcribirse ponen de relieve la dimensión política y axiológica en la que se quiere situar la cuestión del servicio público o de los servicios de interés general en los trabajos preparatorios de la conferencia intergubernamental. Como colofón de esa serie de documentos cobra ya sentido la aparición, algo sorprendente, de la Comunicación de la Comisión de 11 de septiembre de 1996.

Sorprendente porque la forma de aproximarse a la cuestión de los servicios de interés económico general no va a ser ya la puramente formalista que lucía en la Directiva 90/388/CEE, sino que, justamente, se sitúa en el plano político y axiológico. La Comunicación arranca con una afirmación de porte y trascendencia política como es la de que

«La solidaridad y la igualdad de trato, en el contexto de una economía de mercado abierta y dinámica, constituyen objetivos fundamentales de la Comunidad Europea. Los servicios de interés general contribuyen a la consecución de estos objetivos [...] Por ello, *los servicios de interés general están en la base del modelo europeo* de sociedad como ha señalado la Comisión en su reciente dictamen sobre la reforma de los Tratados europeos».<sup>4</sup>

La Comisión, en su Comunicación de septiembre de 1996, va a desarrollar su filosofía de los servicios de interés general como elemento clave del modelo de sociedad europea. No se renuncia a la competencia, como es lógico, dadas las

---

<sup>4</sup> La Comisión, en efecto, en su dictamen de 28 de febrero 1996 «Reforzar la unión política y preparar ampliación» habría recogido la idea del modelo de sociedad al afirmar que «edificado sobre un conjunto de valores comunes a todas las sociedades europeas, el proyecto europeo pretende promover dichos valores, que combinan los rasgos característicos de la democracia —derechos humanos, Estado de derecho— con los de una economía abierta basada en el dinamismo del mercado, la solidaridad y la cohesión. Entre estos valores figura el acceso de los ciudadanos a servicios universales o a servicios de interés general, que contribuyen a los objetivos de solidaridad e igualdad de trato».



evidentes ventajas que en muchos casos presenta, pero sitúa la cuestión de los servicios de interés general en una dimensión valorativa completamente distinta de la que venía siendo utilizada por la Comisión. La Comunicación va a llegar a afirmar el principio fundamental de neutralidad frente al estatuto público o privado de las empresas (art. 222 del Tratado) y, lo que es más importante (y desde luego no había sido el criterio anteriormente defendido por la Comisión), la libertad de los Estados miembros «para definir las misiones de interés general, otorgar derechos especiales o exclusivos necesarios para realizar estas misiones a las empresas responsables, ordenar su gestión y encargarse, en su caso, de su financiación, con arreglo al artículo 90 del Tratado»<sup>5</sup>.

La Comunicación parece entender que los valores a que pretenden dar satisfacción los servicios de interés económico general pueden cubrirse perfectamente con las técnicas puestas en pie, en contextos liberalizados, con las ideas del servicio universal y otras obligaciones complementarias de servicio público. También va a recordar el principio de proporcionalidad en la determinación de cuándo optar por el establecimiento de servicios de interés económico general. En suma no puede desconocerse el cambio de sensibilidad que late en la Comunicación respecto de la posición anterior de la Comisión, por más que el sentido último de la Comunicación se preste a debate<sup>6</sup>.

#### IV. LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL ARTICULO 90 DEL TRATADO

El Tribunal de justicia de Luxemburgo ha dictado en los últimos meses distintas resoluciones judiciales –autos o sentencias– que ponen de relieve una manifiesta continuidad con la doctrina *Corbeau* y *Almelo*.

El 23 de octubre de 1997 se dictan por el Tribunal de Justicia varias sentencias sobre los derechos exclusivos a la importación de la electricidad destinada a la distribución pública<sup>7</sup>. Se trata de diferentes sentencias promovidas ante el Tribunal por la Comisión de las Comunidades Europeas contra distintos países que

<sup>5</sup> Comunicación de 11 de septiembre de 1996 COM (96) 443 final. En realidad ese canto al principio de subsidiariedad en la definición de las misiones no se ajusta a precedentes documentos de la Comisión, que somete a los Estados al criterio de la misma, si bien se trata de documentos no influidos por la aprobación posterior del principio de subsidiariedad.

<sup>6</sup> Buena muestra de ello puede ser que aunque la Comisión propone la modificación del Tratado para incluir alguna referencia a los servicios de interés general, la primera alternativa que formula es dejar el Tratado como estaba. Vid números 71 y 72 de la Comunicación.

<sup>7</sup> Sentencias dictadas en los asuntos C-157 a 160 relativas a la electricidad en Holanda, Italia, Francia y España.

## ■ SERVICIOS PÚBLICOS «VERSUS» SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO...

se reservaban derechos exclusivos en relación con la importación de electricidad. Lo importante de la posición del Tribunal de Justicia de Luxemburgo es que enlaza expresamente con la jurisprudencia *Corbeau* y *Almelo* afirmando que el artículo 90 del Tratado justifica la concesión de derechos exclusivos

«contrarios en particular al artículo 37 del Tratado en la medida en que incumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad»

El Tribunal, en la sentencia de 23 de octubre de 1997, en el asunto C 157/94 contra el Reino de los Países Bajos, sigue manteniendo en su apartado 36 y 37 que la aplicación del artículo 90.2 ha de ser objeto de interpretación restrictiva. En el apartado 38 afirma que

«sin embargo, los propios términos del apartado 2 del artículo 90 muestran que las excepciones a las normas del Tratado están permitidas siempre que sean necesarias para el cumplimiento de la misión específica confiada a un empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general».

En los apartados posteriores de la sentencia se pone de relieve cómo el Gobierno holandés presentó su justificación de por qué era necesario conceder derechos exclusivos y la Sentencia parece reprochar a la Comisión que en su dictamen motivado:

«La Comisión apenas se ocupó de este punto, centrándose, más bien, en las consideraciones jurídicas que le permitían seguir estimando que el mantenimiento de los derechos exclusivos controvertidos era incompatible con los artículos 30 y 37 del Tratado. Por lo que se refiere al apartado 2 del artículo 90 se circunscribía a afirmar que esta disposición no se aplicaba a medidas estatales contrarias a estos artículos y que, de todas formas, el Gobierno holandés no había demostrado que las medidas comprometidas fueran proporcionadas en relación con los objetivos perseguidos.»

El Tribunal de Luxemburgo en su apartado 51 recuerda la carga de los Estados de demostrar que se cumplen los requisitos para la aplicación del artículo 90.2. Sin embargo en el apartado 58 se afirma que

«Esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que, al exponer de manera detallada la razones por las cuales considera que, en caso de suprimirse las medidas cuestionadas, se pondría en peligro el cumpli-

miento, en condiciones económicamente aceptables, de las misiones de interés económico general que ha encomendado a una empresa, el Estado vaya aún más lejos y demuestre de forma positiva que, en términos hipotéticos, ninguna otra medida imaginable permitiría garantizar el cumplimiento de dichas misiones en las mismas condiciones.»

El Tribunal consideraba probada la necesidad de los derechos exclusivos y que correspondía

«a la Comisión, para probar existencia de incumplimiento alegado, definir, bajo control del Tribunal de Justicia, el interés de la Comunidad respecto del cual debe evaluarse el desarrollo de los intercambios».

Aparte de la peculiaridad de la importación de electricidad y de su calificación jurídica como bien, que cae en la órbita de la artículo 37 del Tratado, lo cierto es que el Tribunal, con referencia a sentencias anteriores, suaviza, en la práctica, lo que llama la carga de la prueba de la necesidad de conceder derechos especiales o exclusivos y subraya la aparición de una nueva carga de la prueba del lado de la Comisión ante las razones que los Estados ofrecen para justificar la concesión de derechos especiales o exclusivos, pues a la Comisión le corresponde demostrar el interés de la Comunidad bajo el cual se deben definir los intercambios. En el mismo sentido se mueven, con algunas variantes, las demás sentencias de la misma fecha sobre la cuestión de la electricidad<sup>8</sup>.

El mismo espíritu puede detectarse en el auto del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 1998 que desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia del Tribunal de primera instancia de 27 de febrero de 1997 por el que se desestimó el recurso de casación interpuesto contra sentencia del Tribunal de primera instancia de 27 de febrero de 1997 por la que se había desestimado la pretensión de distintas entidades, seguros contra la Comisión de las Comunidades Europeas apoyada por la República Francesa y por La Poste. De nuevo aquí, con referencias a la doctrina *Corbeau* y *Almelo*, se reconoce que los beneficios fiscales concedidos a *La Poste* estarían justificados a pesar de que el servicio de correos francés desarrolle, junto a sus actividades de servicio público, otras actividades en el campo del seguro que son las que impugnan las compañías de seguros. Estas últimas entienden que las ventajas fiscales concedidas al servicio de correos francés alteran, de manera contraria al Tratado, la reglas de la competencia en el sector del seguro. La Comisión primero y el Tribunal después, desestiman la pretensión de las compañías de seguro por entender que los beneficios fiscales concedidos al

<sup>8</sup> Las mayores diferencias están en la sentencia relativa a España, pues los supuestos de hecho son algo diferentes.

## ■ SERVICIOS PÚBLICOS «VERSUS» SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO...

servicio de correos en Francia pretendían compensar, los costes de las obligaciones de servicio público de *La Poste*, sin superarlos en ningún caso.

En el apartado 170 de la sentencia se afirma que

«cuando se trata de ayudas abonadas en favor de una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general, el apartado 2 del artículo 90 del Tratado prevé tal excepción».

Por otra parte y en relación tanto a la forma de calcular el coste de las obligaciones de servicio público –discutida por las compañías de seguros– como a la propia definición de cuáles son tales misiones de servicio público, el Tribunal en los apartados 189 y 192 de su sentencia va a insinuar la doctrina de una cierta «deferencia» hacia la Comisión y hacia el Estado miembro en la forma de comprobar tales extremos llegando a afirmar que

«La Comisión no está facultada para pronunciarse sobre la organización y la amplitud de las misiones de servicio público que incumben a una empresa pública, ni sobre la oportunidad de las opciones políticas que las autoridades nacionales competentes asuman al respecto, siempre que las actividades desarrolladas en los sectores competitivos no se benefician de la ayuda de que se trate y que la ayuda aportada no exceda de cuanto resulte necesario para garantizar el cumplimiento de la misión específica que se haya confiado a la empresa afectada».

Finalmente y en el ámbito del transporte aéreo la sentencia de 19 de junio de 1997, aun cuando desestima el recurso interpuesto por Air-Inter S.A. contra la Comisión de las Comunidades europeas a propósito de los derechos exclusivos reservados a la compañía citada en las líneas Orly-Marsella y Orly-Toulouse, sin embargo, en su apartado 140 afirma que

«La demandante no ha alegado, y menos aún demostrado, que, a raíz de la entrada en vigor del reglamento número 2408/92, no existiera ningún sistema alternativo apropiado que permitiera asegurar la ordenación del territorio y, en particular, garantizar la financiación de las rutas deficitarias».

De ello parece desprenderse, *a contrario sensu*, que si la demandante hubiese demostrado que, efectivamente, no existía ningún sistema alternativo entonces hubiera estado justificada la reserva de derechos exclusivos sobre algunos trayectos interesantes, desde el punto de vista económico, con la finalidad de financiar otros de carácter deficitario.

Por consiguiente, aunque en este caso la posición del Tribunal es contraria a las pretensiones de la demandante, demuestra una sensibilidad hacia razones

que podrían justificar una concesión de derechos exclusivos, como es la ordenación del territorio desde el punto de vista del tráfico aéreo, garantizando la integridad de su cobertura.

En *Corbeau* y *Almelo* el Tribunal se había desmarcado de la rígida posición de la Comisión al aceptar, en el caso del correo rápido en Lieja, que la garantía de un servicio de correo que cubra todo el territorio, con precios iguales, podía justificar la extensión de dicho servicio a un mercado distinto, como es el del corredor rápido, si esa extensión era necesaria desde el punto de vista económico para garantizar la prestación del servicio básico de correos. En el caso concreto tratado en *Corbeau* era evidente que no se daban las circunstancias que hipotéticamente hubieran justificado, según la sentencia, la extensión del servicio público de correos al correo rápido; lo importante es que el Tribunal no lo excluye *a priori* y además lo importante es que la prestación de un servicio universal en condiciones de igualdad de acceso y con las mismas tarifas se da por supuesto que justifica el servicio público en el ámbito de lo que se llama el servicio básico. Lo mismo ocurre en Holanda con el suministro de electricidad (Sentencia *Almelo* <sup>9</sup>) y con determinadas restricciones a la importación de la misma que se ven justificadas por las obligaciones de servicio público que se imponen a las empresas suministradoras.

## V. REFLEXIONES FINALES SOBRE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

La incorporación al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en virtud del Tratado de Amsterdam, de un nuevo artículo sobre la importancia de los servicios de interés económico general tiene la mayor importancia política en cuanto al modelo de Estado de bienestar por el que se decanta la Comunidad. Ésta recobra una importante sensibilidad hacia los valores comunes de Europa y entre ellos se sitúan la solidaridad y la cohesión social y territorial que estaban en la base de la existencia de la mayoría de los servicios públicos.

A partir de ahí el reconocimiento de tales servicios públicos no se verá obstaculizado por una visión reduccionista del artículo 90 que venía imponiéndose en los primeros noventa. Ello no quiere decir, sin embargo, que la liberalización emprendida e impulsada por la Comunidad en muchos sectores quede en entredicho. Por el contrario, en la mayoría de los casos se trata de liberalizaciones que

---

<sup>9</sup> Sentencia de 27 de abril de 1994.

#### ■ SERVICIOS PÚBLICOS «VERSUS» SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO...

han acabado siendo asumidas por los órganos competentes comunitarios para hacerlo. Sin duda tales decisiones se deben a muy buenas razones que no son tanto jurídicas sino políticas o de ponderación de que en un determinado sector la liberalización, con su apelación al mercado y a la iniciativa privada, puede funcionar mejor que los tradicionales servicios públicos, a condición de que se garantice el servicio universal y la existencia misma de la competencia, lo que no resulta a veces fácil en sectores abocados al monopolio o al oligopolio. Sea como fuere no es cuestión de mecanicismos jurídicos que llevan a postergar los servicios públicos porque así esté escrito en los Tratados, sino porque en un momento concreto se estima preferible desregular y liberalizar, como ha ocurrido en los sectores de la energía o de las Telecomunicaciones.

Sin duda, una de las formas de atender las finalidades de solidaridad y cohesión social e interterritorial es, en contextos de liberalización y competencia, el establecimiento de obligaciones de servicio universal o de otras obligaciones de servicio público. Eso es perfectamente posible y en la mayor parte de los sectores conveniente, pero no es un *deus ex máquina* ni una consecuencia jurídica de una norma presupuesta del Tratado, sino resultado de una opción política que bien puede hacerse a nivel comunitario. En su defecto, el establecimiento de servicios de interés general es una técnica tradicional que, en la medida que corresponde a finalidades que entroncan con valores propios del modelo europeo de sociedad, no pueden ser menospreciado ni subordinado a una supuesta preferencia absoluta por la competencia en los Tratados fundacionales, como única forma de organización y prestación de todo tipo de servicios cualquiera que sea su naturaleza.

En todo caso esos valores de solidaridad están presentes también en las técnicas de servicio universal y de otras obligaciones de servicio público anejas a procesos de liberalización. La cuestión será si esas técnicas son suficientes, tal y como se definen en cada caso concreto —con su alcance y extensión determinado— en las Directivas comunitarias, para rellenar y satisfacer los valores de solidaridad y cohesión que han sido elevados de nivel normativo al incorporarlos al articulado del Tratado.

